

A EMPRESA MERCANTIL

Octávio Médici

Professor de Direito Comercial

I. O DIREITO CONSTITUÍDO E A ANTIGA DOUTRINA

Conceito de comerciante: o critério do intermédio ou da interpolação

Entre os sujeitos de direito, distingue-se o *comerciante*. A distinção se baseia da *atividade profissional* desenvolvida por determinada categoria de pessoas naturais ou jurídicas. Nem a lei nem a doutrina definiu ou conceituou de modo convincente, com limitações pelo menos razoáveis, essa atividade profissional: contenta-se em postular que “comerciante é aquele que pratica habitualmente a mercancia”. A palavra *mercancia* corresponde, histórica e vulgarmente, à expressão “atos de comércio”. Também não se definiu “mercancia” nem “atos de comércio”.

A doutrina não foi capaz de definir tais atos, satisfazendo-se, então, com uma enumeração ou classificação deles, cada classificação, como é óbvio, sob critério diverso, quando não adotassem uns autores, classificações de outro.

O que se entende por “comércio” é uma atividade profissional antiquíssima. No entanto, como profissão propriamente dita, com regulamentação própria, código de ética, direitos e obrigações delineadas, fortaleceu-se na Idade Média, por intermédio das Corporações de Mercadores, associações que pretenderam e conseguiram defender a atividade comercial ou mercantil, numa época em que o comércio já se fazia o sustentáculo econômico

dos povos, e, ao mesmo tempo, numa época sumamente conturbada, política e militarmente, em consequência do desmoronamento dos Impérios Carolíngio e Romano. As contínuas invasões dos povos bárbaros suscitavam a insegurança geral, inclusive, e principalmente, a insegurança jurídica. A união dos comerciantes em torno das Corporações, nela se matriculando, e dela recebendo apoio material, moral e jurídico, redundou na profissionalização da atividade mercantil, no espírito de classe, no mais rigoroso sentido, chegando-se a ter a idéia clara de *classe*, e não raro, de classe altamente privilegiada, verdadeira *casta* que ditava força e autoridade, por sua organização invejável e sua vitalidade econômica. E pelas Corporações, o comércio terrestre e marítimo obtiveram a ordem jurídica, independentemente dum poder central político que a impusesse ou regulasse.

A profissão de comerciante se estabeleceu nas Corporações e com as Corporações, cujos reflexos ainda vigem nas associações comerciais e industriais modernas. Nas próprias Corporações se fixaram as normas costumeiras do comércio já existentes e outras surgiram da evolução mesma do comércio, por autogeração. As formalidades criadas pelos tribunais corporativos, na decisão de causas e de conflitos no âmbito comercial deram nascimento a normas processuais mais ou menos certas, e imitadas seguidamente.

Compreendidos os dois conjuntos de normas - materiais e formais - surgiram os Estatutos, ou, o Direito Estatutário, do qual vicejou e se desenvolveu o Direito Comercial moderno. E jamais se definiram, com rigor científico, lógico, os elementos "comércio", "comerciante", "mercancia", "ato de comércio", que tendem a desaparecer da linguagem jurídica.

Durante muito tempo se procurou, inútilmente, distinguir "comerciante" e "não-comerciante", por inexistir mesmo um critério capaz da proeza. A distinção se pro-

curava operar no campo do direito privado, dentro de cujos limites se situa o Direito Comercial. Em tese, não houve a menor controvérsia sobre a natureza nitidamente econômica da profissão mercantil, já que seu objetivo é o provento monetário denominado *lucro*. A idéia de “comerciante” parece muito clara ao vulgo: é aquele que compra e vende, obtendo nessa troca, um lucro. Entretanto, a caracterização jurídica não é tão simples.

Encontrou-se uma fórmula para separação, fórmula artificiosa, fundamentada no critério do *intermédio* ou da *interpolação*: entre dois polos ou extremos, um começo e um fim, foi pôsto o *comerciante*. O primeiro extremo é a *natureza*, onde está a origem de toda a atividade humana, até a intelectual, a mais refinada reflexão; no último extremo, colocou-se aquele que se serve da natureza, que a usufrui, que dela goza, que a desfruta, que a consome, que a destrói. A atividade exercida na própria natureza - a agrícola, a pastoral, a extrativa, a caça, a pesca - que é geradora, produtora, foi considerada atividade primária, primitiva ou original. A tudo quanto a atividade original propicia ao homem, se denomina, geralmente, de *produção, produto*, juridicamente *coisas e bens*. Embora vendendo seus produtos com lucro, essa espécie de atividade não caracteriza o comerciante. A atividade extrema, a de destruir a natureza, foi considerada *consumidora*. O produtor original e o consumidor, como tais, *não são comerciantes*; mas, todos quantos, *entre* o produtor original e o consumidor, exercerem função ou papel econômico que a ambos liguem, *são comerciantes*. A função pode ser de conservação e acondicionamento, transformação ou distribuição dos bens e das coisas originais, sempre economicamente consideradas essas funções, ou seja, objetivando lucro. Os fatos que a pessoa física ou jurídica pratica no exercício dessas funções intermediárias, é que se denominam *própriamente atos de comércio*. Outros atos existem, entretanto, que a lei caracterizou como atos de

comércio, por estarem relacionados com os atos de comércio propriamente ditos ou por serem complementares destes.

Como se percebe, os industriais também são comerciantes, nos limites do critério adotado. Ainda, aqueles que se interpõem entre comerciantes - como os corretores - ou que praticam atos contemplados monetariamente de forma idêntica à dos corretores - como os leiloeiros - foram equiparados, por lei, aos comerciantes. Seus atos são auxiliares dos atos comerciais. A equiparação atende a um princípio lógico, de coerência, nas lindes do esquema jurídico proposto: a atividade na classe dos distribuidores. Por sua vez, são atos do mesmo gênero dos praticados pelos corretores, os das pessoas que se encarregam de representar comerciantes e industriais através de escritórios especializados, com consignação ou não de mercadorias. São também comerciantes. Corretores, leiloeiros e representantes comerciais e industriais, ainda que não adquiram bens e coisas para venda ou revenda, são equiparados aos comerciantes lidam eles com bens e coisas alheias, mas têm responsabilidade sobre esses bens e coisas que vendem, por convenção, por opção ou por lei. Finalmente, respeitando mais um princípio lógico, entre as fronteiras do mesmo esquema, as pessoas que exerceram atividade intelectual profissionalmente são excluídas da categoria de comerciantes, mesmo que objetivam lucro. De fato, não se situam entre os comerciantes aqueles que exploram a natureza - mundo sensível e perceptível, mundo material - direta e originariamente - assim como os que se utilizam da produção da inteligência, que é da natureza humana. As produções intelectuais são originárias, e contudo se materializem, se concretizem em coisas e bens, estas coisas e bens não possuem significação econômica por si próprias, são apenas expressões, manifestações exteriores do que o intelecto concebeu. Nelas vale o engenho, a arte, a imaginação, inteli-

gência, a invenção do autor e não a matéria que exterioriza essas capacidades mentais. Tanto que ao Direito não interessa que o autor tenha ou não a propriedade material da obra: o que a lei lhe assegura é a propriedade imaterial. Aquêlê que vende a obra material é comerciante: o livreiro que edita romances, o impressor de músicas, o industrial e vendedor de máquinas e instrumentos, etc.. O ator pode vender a propriedade imaterial; nem por isso é comerciante, porque vendeu coisa da natureza humana. O autor pode discutir o preço de sua produção intelectual e escolher o melhor preço. Quem inventa uma máquina, um processo tecnológico e tira patente da invenção, fica proprietário da invenção, que é imaterial. A máquina e o processo podem ser produzidos, reproduzidos, multiplicados e vendidos: aquêlê que faz isto é comerciante. Pode ser até o próprio inventor explorando seu invento. Mas, a patente de invenção, êle a pode negociar, sem que o ato constitua mercantilidade. A posição dos que exercem a atividade intelectual é a mesma, juridicamente, dos agricultores, pecuaristas, mineradores e demais pessoas incluídas no campo dos produtores originários: usam diretamente uma força da natureza, que é a mente, no seu caso.

Expusemos de que modo se localizou, juridicamente, o comerciante, ou, a atividade comercial, entre outras atividades também econômicas, que poderiam ser confundidas ou não com a mercantil propriamente dita. Assim mesmo, o critério tem deixado margem a dúvidas, razão porque a jurisprudência tem se encarregado de decidir sôbre a natureza comercial ou não de novas atividades que surgem, com a evolução sócio-econômica.

2. Do Estado político ao Estado sócio-econômico

Todos aprendemos nas primeiras lições de Direito, a definição clássica: "O Estado é a Nação politicamente or-

ganizada”. A definição é verdadeira, mas a organização política não é tudo, não constitui mais a característica única e primordial do Estado. É certo que para ser reconhecido como tal, o Estado deve ter seu próprio poder, que encontra na soberania seu limite máximo. O poder se organiza de acôrdo com a vontade geral dos cidadãos, garantido por uma ordem jurídica também própria, expressão daquela vontade, e o Estado se institui e constitui politicamente. Mas o sentido verdadeiro, natural do Estado moderno não se assenta mais exclusivamente na organização política, que se traduz popularmente pela expressão *independência política*, ou, simplesmente *independência*. A conquista do poder político não é suficiente para manter a conquista, ou seja, *continuar a não depender*. Aí está a noção ideal de auto-suficiência, de o Estado bastar-se a si mesmo. O conceito é ideal, abstrato, porquanto, na prática não se verifica em termos concretos. Há sempre uma dependência entre os Estados, um relacionamento entre eles, uma verdadeira interdependência. Sob êste ou aquêlo aspecto, nenhum Estado é auto-suficiente.

O princípio de independência, de poder, de domínio, tem hoje fundamento mais econômico do que político. A livre iniciativa, essência do liberalismo evoluiu para o capitalismo, e êste gerou o poder econômico privado, que passou, claramente, a competir com o poder político do Estado e até a tomá-lo, direta ou indiretamente. Então, o Estado evoluiu, transmudando seu substrato nitidamente político em substrato sócio-econômico. Efetivamente, a transmutação se deu através da intervenção estatal no campo econômico privado, para regulamentar as atividades econômicas e as delas resultantes ou a elas ligadas, principalmente as de *trabalho*. Generalizou-se o uso do termo *empresa*, para caracterizar a atividade econômica organizada com objetivo de produzir e fazer circular bens e serviços, pela utilização do trabalho alheio. A palavra

“empresa”, já pela sua etimologia, dá a idéia de conjunto, um círculo, idéia de coisa fechada, ou atividade cercada, com seu regime próprio. Empresas são pequenas autonomias, pequenos poderes econômicos e sociais, dentro de um conjunto maior, de um poder maior que é o Estado. A força dessas pequenas autonomias, englobadamente, dá em consequência a força econômica e social do Estado, e, por intermédio dessa, a força política, nacional e internacional. Cada empresa é uma microeconomia particular componente da macroeconomia nacional, como os átomos compõem a molécula. Nesta, porém, há estrutura, funcionamento regulado por leis imutáveis, que garantem o comportamento químico ou físico, sem possibilidade de inversão ou subversão arbitrária de forças. O homem se submete inteiramente a essas leis. Isso não sucede ao organismo social, que origina sempre forças opostas, que se conflitam, entram em choque às vezes destrutivos, pela possibilidade de inversão ou subversão das forças em antagonismo. O agregado total das forças econômicas de objetivos lucrativos e poder pessoais, privados, individuais ou associativos, pode se sobrepor aos objetivos coletivos gerais, ou mesmo nacionais. Seria o caso de átomos tomarem o lugar da molécula e exercerem as funções desta. Daí a necessidade de prevenir, evitar os conflitos que poriam em queda o Estado, ressaltando, na prevenção, o interesse social, o interesse público, o interesse nacional. Regulamentando o funcionamento das empresas com o objetivo de garantir o próprio poder econômico já existente, e ampliá-lo ou desenvolvê-lo, o Estado definiu rumos de política econômica e social, colocando, logo inicialmente, como componentes da própria empresa, em reciprocidade de obrigações e deveres e interesses morais e econômicos, os trabalhadores e os empresários. Disso resultou o *regime de empresa*.

Os riscos técnicos e econômicos da empresa continuam com os empresários, mas o Estado, ao deliberar a

regulamentação processada, não deixou de participar ativa ou passivamente dêsse risco. Êsse é outro aspecto do substrato econômico do Estado moderno. E não há dúvida alguma: universalmente, os Estados se apresentam como macroeconomias nacionais, a ponto de se poder dizer que cada Estado é uma macroeconomia social e politicamente organizada por um poder próprio. Todo o prestígio de um Estado provém, direta ou indiretamente, do seu poder econômico, de tal forma que é o estudioso tentando a afirmar que a soberania é proporcional à economia.

Cuidou-se de tudo, dentro do Estado, sempre, todavia, sôbre fundamento econômico. Seja qual fôr a ideologia política, a filosofia de govêrno ou de Estado, estará ela marcada indelêvelmente por diretrizes econômicas: seu instrumento máximo de ação é a economia. A política, a tática, a estratégia dos governos é de essência utilitária, material, econômica, visando ao equilíbrio social pelos caminhos do que se entende por “bem-estar social”, “justiça social”, “distribuição equitativa da riqueza”, “alto padrão de vida”, “configuração existencial padrão”, e outras expressões que se firmaram, penetraram nas legislações, fazem parte da ordem jurídica, e foram agasalhadas até nas Constituições, embora jamais definidas...

O crescente intervencionismo estatal na economia, sob as mais variadas formas e técnicas, evidencia a essência econômica do Estado moderno. O interesse máximo dos governos atuais é o *desenvolvimento*, palavra-chave dêstes dois últimos decênios. Economistas e políticos se aliaram francamente e se dedicam cada vez com maior profundidade aos problemas do desenvolvimento, em tôdas as suas mútiplas facêtas. Uma visão externa demonstra a disparidade de desenvolvimento entre os diversos países, de tal maneira que estamos autorizados a falar em sub-desenvolvimento e super-desenvolvimento. Mesmo internamente, em muitos paí-

ses, é notória a discrepância de desenvolvimentos regionais e setoriais. A livre concorrência, a liberdade de empreendimento econômico em todos os seus matizes, não constituem mais realidade, até nos países mais liberais. Mais do que simples ou complexas técnicas, processos, métodos de controle para regular e acelerar o desenvolvimento econômico, temos hoje o *planejamento de Estado*. Planos, projetos, programas, programações, aí está, nessa nova linguagem, a nova instrumentação que o Estado prepara, executa, para atingir os índices mais altos de desenvolvimento, dentro de prazos possíveis e peculiares a cada conjuntura. No Brasil, medrosamente ainda, tivemos o Plano Salte, o Programa de Metas, o Plano Trienal, Planos de Ações de Estados-Membros, Planos Integrados, e agora, a partir de 1964, Programa de Ação Econômica do Governo Revolucionário, organizado para o triênio 1964-1966. Já se fala em Plano Decenal. Os planos, sejam eles quais forem, são uma sequência estruturada de objetivos e instrumentos de ação no campo sócio-econômico, abrangendo, geralmente:

- a) objetivos globais, da política de emprêgo, da política de distribuição da renda;
- b) instrumentos de ação: programação financeira, política tributária, política de crédito, mercado de capitais, política de comércio exterior, capitais estrangeiros, política salarial, habitacional;
- c) programas setoriais;
- d) programas regionais.

As emprêsas privadas se prendem nos planos de ação econômica dos governos, a eles se vinculam, e assim é que tôdas as forças econômicas passam a formar um único sistema de equações vetoriais. A economia tende a formar uma única estrutura dentro de cada Estado.

Segundo nos informa com autoridade a Introdução à obra "Impacto da Ação do Governo Sôbre as Emprêsas

Brasileiras”, da Fundação Getúlio Vargas (vários autores), páginas 7 e 8, na programação do desenvolvimento, “basicamente podemos alistar as seguintes modalidades de ação governamental:

a) *Ação empresarial direta* - Neste caso, são as próprias agências governamentais que proclamam e executam os investimentos; é o que ocorre nas metas de produção, transporte e refinamento de petróleo, assim como nas relativas a ferrovias e rodovias.

b) *Ação sobre preços* - Através desse mecanismo, pode o governo remover obstáculos, ou criar incentivos à execução, pelas iniciativas privadas, pública ou mista. Assim, ao conceder, como resultado de nova lei de tarifas, um subsídio à produção interna do papel de imprensa ou de fertilizantes, a fim de neutralizar os efeitos da subvenção cambial dada às importações, está o governo restaurando o incentivo de preços, necessário para a expansão dessas duas indústrias.

c) *Ação sobre a formação de capital e a escala de produção* - Através de financiamentos e avais do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, Banco do Brasil e outras agências oficiais, e da isenção ou redução de direitos, ou, ainda da outorga de subvenções cambiais para a importação de equipamentos, facilita o governo a capitalização das empresas e lhes permite alcançar escalas mais econômicas de produção.

d) *Ação sobre as expectativas* - A própria enunciação de metas de produção e a divulgação do propósito governamental de propiciar sua execução podem agir favoravelmente sobre o ânimo dos empresários estimulando-os a programarem investimentos.

e) *Assistência técnica* - Através da ação coordenada do Conselho e do Banco do Desenvolvimento, vem procurando o governo auxiliar a iniciativa privada na formulação adequada de planos de investimentos, procurando

ainda, assegurar a coordenação das inversões públicas com as da iniciativa privada”.

Tal esquema, com algumas modificações (criação do Banco Central da República, eliminação de subsídios), é o conjunto de fios e elos que estrutura a economia do país num todo harmônico e harmonizado com o próprio poder político.

A população cresce, as necessidades materiais e espirituais do homem também crescem. O desenvolvimento econômico deve ser um dado positivo, fundamental, irrenunciável do poder político. O problema do desenvolvimento é de tal ordem que implica, necessariamente, sob o aspecto da própria segurança nacional, no controle estatal da empresa privada. Este controle, todavia, não visa à estagnação ou destruição da empresa, e sim ao seu equilíbrio dinâmico dentro da conjuntura.

II. O DIREITO CONSTITUENDO E A NOVA DOUTRINA

1. *Conceito de empresa. Empresa econômica.*

A empresa é um produto da economia, é um organismo essencialmente econômico, surtido do capitalismo, pelo caminho da concentração de capital e trabalho. Provém da iniciativa privada. O Estado imitou o livre empreendimento e criou também empresas públicas de variadas categorias. Em certos campos econômicos aliou-se ao capital privado ou por ele se deixou aliar, resultando empresas mistas.

O termo “empresa” é antigo na Economia, no Direito, mas, ultimamente é que se tentou defini-lo. Como organismo originariamente econômico, seu conceito é também econômico, e este conceito é empregado em Direito, com a mesma significação. A palavra chegou a ser empregada até como equivalente à expressão “atos de co-

mércio”, tão incerta e vacilante andava a doutrina, pela novidade do termo.

Igual controvérsia nasceu quando se procurou definir *empresário* e *não-empresário*, tal como acontecera, quando se tentou distinguir *comerciante* e *não-comerciante*. Quem é empresário? Quem é a pessoa natural ou jurídica proprietária da empresa? A questão levantada e levada para o campo jurídico, trouxe as mais esdrúxulas e imaginosas conceituações.

Pareceu mais conveniente definir “empresa”, como fenômeno econômico. Sustenta o eminente comercialista *Sylvio Marcondes Machado*. “A determinação do conceito de empresa, no campo do Direito, deve ser precedida da definição de empresa econômica. O Direito é tradução da vida social nos seus múltiplos aspectos, inclusive econômico, e, por isso, o fenômeno jurídico não pode ser fixado senão à luz de seus pressupostos donde a utilidade de examinar o conceito econômico de empresa, tal como se formou no tempo e é hoje dominante” (*in* “Limitação da Responsabilidade do comerciante individual”, pág. 11).

A empresa tem sua origem histórica no artesanato. O artesão, com um pequeno capital, representado por instrumentos e reduzida matéria prima, produzia, com seu próprio trabalho e sob sua orientação, objetos utilidades sob encomenda, por freguês ou cliente conhecido, determinado, de quem atendia particularmente o gosto e os desejos. Tal atividade constituía a forma econômica denominada *ofício*. O objetivo da produção do artesão era seu próprio sustento. Lentamente, o artesanato foi desaparecendo, absorvido pela concentração industrial e comercial. Concentração de mercadorias, utilidades, bens, serviços, concentração de trabalhadores assalariados, organização econômica da atividade e produção em massa para o mercado, - eis como se geraram e proliferaram as empresas. Não há mais o trabalho sob encomenda, a clientela ou freguesia é desconhecida. Esta é atingida in-

diretamente, através da propaganda, da técnica de persuasão, através de pesquisa motivacional, graças à aplicação da Estatística à psicologia do comprador. O consumidor (freguês ou cliente) deve agora adquirir o modelo, a forma, o objeto ou serviço ideado, inventado, proposto pela empresa e não mais o encomendar de acordo com a sua própria invenção ou desejo. A clientela ou freguesia transmudou-se em *mercado*. A produção não é encaminhada ou distribuída aos fregueses, particularmente, e sim lançada ao mercado. O trabalho se dividiu e se especializou dentro da empresa. Alteia-se a competição e a propaganda comercial ganha fôros de ciência. O objetivo de toda empresa é o lucro, tanto maior quanto possível. A pessoa natural ou jurídica proprietária da empresa é o empresário. Este dirige a empresa, dirige a produção e a distribuição dos bens e serviços, põe a coletividade sob sua dependência na satisfação de suas necessidades, e assume o risco econômico e técnico da empresa.

O ilustre economista brasileiro *J. Pinto Antunes*, em seu livro: "A Produção sob o Regime de Empresa", apresenta a seguinte definição: "Empresa é um dos regimes de produzir, onde alguém (empresário), por via contratual, utiliza os fatores da produção sob sua responsabilidade (risco), a fim de obter uma utilidade, vendê-la no mercado, e tirar, da diferença entre o custo da produção e o preço de venda, o maior proveito monetário possível".

Definição mais ou menos igual é a de *François Perroux*, festejado economista francês: "A empresa é uma organização da produção, na qual se combinam os preços dos diversos fatores da produção, fornecidos por agentes distintos do proprietário, para obter na diferença entre dois preços (preço de custo e preço de venda), o maior ganho monetário possível".

Os fatores da produção, no consenso unânime de economistas e juristas são a *natureza* (matéria), o *trabalho* e o *capital*.

Vivante, insígne comercialista italiano conceitua: “A empresa é um organismo econômico que recolhe e põe em atividade, sistematicamente, os fatores necessários para obter um produto destinado à troca, a risco do empresário. A *combinação* daqueles vários fatores - natureza, capital e trabalho -, os quais, associados, promovem resultados que, divididos seriam impotentes para produzir, e o *risco* que o empresário assume para criar uma nova riqueza, são os requisitos essenciais de toda empresa”.

Salienta, portanto, *Vivante*, os dois requisitos essenciais da empresa:

a) a combinação (estrutura, organização) dos fatores da produção (natureza, capital e trabalho);

b) o risco assumido pelo empresário.

Alfredo Rocco, sempre consultado jurista italiano, afirma que o elemento específico constitutivo da empresa é a organização do trabalho de outrem. Mostra que na Economia, não importa o modo pelo qual são procurados os fatores da produção, mas, segundo o Código Comercial Italiano (já revogado pela unificação do Direito Privado) só haverá empresa quando a produção obtida resulta do trabalho de outros, ou melhor, quando o empresário recruta o trabalho, e o organiza, fiscaliza, retribui e dirige para os fins da produção.

Carvalho de Mendonça, notável jurista patricio, definiu: “Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo o risco por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade”.

Carvalho de Mendonça, como *Vivante*, ressalta, que esse conceito econômico de empresa é o mesmo conceito jurídico. Também o preclaro jurista italiano *Francesco*

Ferrara Júnior diz em sua obra “La Teoria Giuridica dell’Azienda”, que “o conceito de empresa não tem na realidade, nenhuma importância para o Direito”. De fato, o estudo da empresa pertence à Economia, ciência que tem por objetivo também definí-la. Ao Direito caberia apenas tomar o mesmo conceito econômico.

Muitos juristas há que pretendem conceituar a empresa em termos jurídicos. Outros há que vêem na empresa uma instituição. O jurista italiano *Asquini* aponta *prefis jurídicos* na empresa. A tarefa não tem sido feliz, nesse terreno. *Francisco Campos*, culto jurista brasileiro, citado por *Sylvio Marcondes Machado*, entende que “a verdade é que o conceito de empresa ainda não amadureceu suficientemente, de maneira a poder constituir uma base segura para a edificação do sistema de direito positivo”.

Parece-nos que as características mais importantes da empresa, e que interessam de perto ao Direito, são:

- a) a organização e direção do trabalho alheio;
- b) a pessoa física ou jurídica do organizador e dirigente (empresário);
- c) o risco da organização técnica e econômica.

2. *Conceito de empresário: o critério da especificação ou enumeração das atividades. Conceito de empresário comercial.*

O Código Civil italiano (1942), no Livro V, trata do Trabalho. No título II, traz a legenda “Do trabalho na Empresa”. Não define, no entanto, a empresa no capítulo II, ao cuidar dela. Mas define o empresário, de um modo geral, e o empresário agrícola. Naturalmente, entendemos que a empresa mercantil se situa no campo econômico que traçamos para o comerciante. A empresa mercantil é caracterizada pela atividade que definimos pertencer ao comerciante, entre o produtor original (onde

está a empresa agrícola e o que exerce profissão intelectual) e o consumidor (onde está o mercado).

Nosso "Projeto de Código de Obrigações", seguindo as linhas e diretrizes do Direito Italiano, trata, na Parte Terceira, a partir do artigo 1.106, do empresário. Nesse artigo, define o empresário em geral: "É empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços". Nessa definição se contém toda a espécie ou categoria de empresário, daí ser ela uma definição geral. A seguir, distingue o empresário rural e o empresário comercial, pela enumeração de atividades. Assim, no artigo 1.107, preceitua: "Considera-se empresário rural o que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e conexas, como a transformação ou a alienação dos respectivos produtos, quando pertinentes à rotina rural". Como se verifica, embora se quisesse bem delimitar a atividade do empresário rural, deixou-se muita margem para a controvérsia futura, caso seja aprovado e convertido em lei o Projeto. A expressão "rotina rural", por exemplo, é muito vaga, e atividades como as de curtume, poderão ou não constituir prolongamento da atividade rural propriamente dita. Também a expressão "transformação... dos respectivos produtos" dá a idéia de industrialização, podendo, então, surgir duas espécies de indústrias de transformação de produtos rurais: indústria rural e indústria comercial ou seja, um empresário rural e um empresário comercial com a mesma atividade. Por mais bem arquitetada que tenha sido a redação do artigo 1.107, ela dá margem a dúvidas, forçosamente.

No artigo 1.108 temos a conceituação de empresário comercial, assim apresentada:

"Art. 1.108 - Considera-se empresário comercial o que exerce atividade caracterizada no artigo 1.106 e não incluía no preceito do art. 1.107".

O Projeto, portanto, definiu o empresário comercial tal como definira o empresário em geral, mas exclui, entre as atividades possíveis de exercer, aquelas que foram especificadas para o empresário rural. Entretanto, talvez percebendo a precariedade do conceito, inseriu o parágrafo 1.º, nestes termos: “São próprias de empresário comercial:

- I - atividade industrial destinada à produção de bens ou de serviços;
- II - atividade intermediária na circulação de bens;
- III - atividade de transporte, por terra, água ou ar;
- IV - atividade bancária;
- V - atividade seguradora;
- VI - outras atividades auxiliares.

A enumeração, como se vê, não altera a da antiga doutrina que era a dos “atos de comércio”.

O parágrafo único do artigo 1.106 dispõe: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores”.

Analisando bem os conceitos do Direito Constituendo, conclui-se que em nada se afastou do conceito atual, baseado no critério do intermédio ou da interpolação. Apenas modernizou a linguagem, ou seja, alterou a terminologia jurídica tradicional, por uma terminologia mais generalizada nas letras jurídicas universais. O empresário comercial é o mesmo comerciante do esquema da doutrina vigente. Não é mercantil o empresário rural, que no esquema está pôsto como produtor original, nem é mercantil a profissão intelectual. Mudaram-se os nomes...

Que é, porém, a empresa comercial? Na linguagem comum confundem-se geralmente, as expressões “Empresa mercantil”, “estabelecimento comercial” e “socie-

dade mercantil”. O grande comercialista *Waldemar Ferreira*, no segundo volume de suas “Instituições de Direito Comercial”, 3.^a edição, parece elucidar bem o assunto, dizendo que estabelecimento comercial, empresa e empresário (individual ou coletivo) constituem três momentos ou três expressões do mesmo fenômeno *comercial*, *sócio-econômico* e *jurídico*, e que poderiam ser figurados com três círculos concêntricos:

a) *no centro*: os bens corpóreos e incorpóreos – uma universalidade de fato, juridicamente, - constituída pela vontade de pessoa física ou jurídica: é o *estabelecimento comercial*, a expressão material, estática da empresa;

b) em torno do estabelecimento, a organização do trabalho e disciplina da atividade, com o objetivo de produzir a riqueza, a fim de pô-la em circulação, obtendo lucro: é a *empresa* - a expressão tecnológica, a estruturação científica dos bens corpóreos e incorpóreos do estabelecimento com a força do trabalho necessário ao êxito; é o aspecto dinâmico da empresa;

c) envolvendo os dois círculos anteriores, vem a expressão diretiva moral e intelectual do todo, o *empresário*, que pode ser pessoa física ou jurídica; aí está o conjunto de vontades e diretrizes que coordena todas as atividades e que assume o risco de todas as obrigações internas e externas.